

# NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Su significación en América Latina

Edición  
2005

**SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO**

---

The logo for LEGIS, featuring the word "LEGIS" in a serif font, centered between two horizontal wavy lines that resemble a stylized book or a decorative flourish.

BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO • MIAMI

# ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO .....	xxxiii
PRESENTACIÓN .....	xxxvii

## PRIMERA PARTE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA NOCIÓN DE FIDUCIA

### CAPÍTULO I

#### Antecedentes históricos remotos

1. DERECHO ROMANO .....	1
1.1. Evolución e influencia frente a la noción de fiducia .....	1
1.2. <i>Pactum fiduciae</i> .....	7
1.2.1. <i>Fiducia cum creditore</i> .....	7
1.2.2. <i>Fiducia cum amico</i> .....	10
1.3. <i>Fideicommissum</i> .....	11
2. DERECHO INGLÉS .....	14
2.1. Influencia y evolución .....	14
2.2. Los antecedentes del <i>trust</i> .....	16

### CAPÍTULO II

#### Antecedentes próximos y desarrollo de la figura

1. EL <i>TRUST</i> ANGLOAMERICANO .....	23
1.1. Concepto y definición .....	23

1.1.1.	Elementos .....	26
1.1.1.1.	Personales .....	26
	a) Constituyente o <i>settlor</i> .....	27
	b) <i>Trustee</i> .....	27
	c) <i>Cestui que trust</i> o beneficiario .....	33
1.1.1.2.	Patrimoniales .....	35
1.1.2.	Clases .....	37
1.1.2.1.	Voluntario .....	37
1.1.2.2.	Por ministerio de la ley .....	38
1.1.2.3.	Simple o especial .....	39
1.1.2.4.	Público o privado .....	39
1.1.3.	Su duración .....	39
1.2.	Su relación con la noción de contrato .....	40
2.	LA FIDUCIA EN COLOMBIA .....	42
2.1.	El negocio fiduciario civil .....	42
2.1.1.	La propiedad fiduciaria .....	42
2.1.2.	El albaceazgo fiduciario .....	50
2.1.2.1.	Concepto .....	50
2.1.2.2.	Requisitos .....	51
	a) Respecto al testador .....	51
	b) Cuantía .....	51
	c) Respecto al albacea .....	52
2.1.2.3.	Derechos y obligaciones .....	52
2.1.2.4.	Conclusiones .....	52
2.2.	El negocio fiduciario mercantil .....	53
2.2.1.	Los encargos fiduciarios .....	53
2.2.1.1.	Su origen en Colombia .....	53
2.2.1.2.	Alcance .....	55
2.2.1.3.	Limitaciones .....	59
2.2.1.4.	Su importancia actual .....	59
2.2.2.	La fiducia mercantil .....	62
2.3.	La fiducia pública .....	63
3.	LA FIDUCIA EN EL DERECHO LATINOAMERICANO .....	65
3.1.	El fideicomiso en México .....	65
3.1.1.	Evolución .....	65
3.1.2.	Disposiciones vigentes .....	72

3.1.3.	Delegados fiduciarios y personal del fideicomiso .....	73
3.1.4.	Comité técnico .....	73
3.1.5.	Fideicomiso de garantía .....	74
3.2.	Las legislaciones latinoamericanas sobre fideicomiso .....	74
3.2.1.	Argentina .....	75
3.2.2.	Bolivia .....	78
3.2.3.	Brasil .....	78
3.2.4.	Costa Rica .....	81
3.2.5.	Chile .....	82
3.2.6.	Ecuador .....	82
3.2.7.	El Salvador .....	85
3.2.8.	Guatemala .....	87
3.2.9.	Honduras .....	88
3.2.10.	Panamá .....	89
3.2.11.	Paraguay .....	90
3.2.12.	Perú .....	91
3.2.13.	Uruguay .....	94
3.2.14.	Venezuela .....	95
4.	LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE EL <i>TRUST</i> .....	96
4.1.	Objeto .....	96
4.1.1.	Finalidad y estructura .....	97
4.1.2.	Suscriptores y ratificantes .....	99
4.1.3.	Noción .....	99
4.1.3.1.	Independencia del patrimonio .....	99
4.1.3.2.	El <i>trustee</i> es el titular de los bienes frente terceros .....	100
4.1.3.3.	El <i>trustee</i> tiene facultades administrativas y dispositivas, de cuya utilización debe dar cuenta....	100
4.1.4.	Forma de creación .....	102
4.1.5.	Casos en que no se aplica la convención .....	103
4.1.5.1.	Las cuestiones preliminares .....	103
4.1.5.2.	Cuando en la ley señalada no se conozca la figura .	104
4.1.6.	Ley aplicable .....	104
4.1.6.1.	La ley que escoja el constituyente .....	104
4.1.6.2.	La ley más cercana .....	105
4.1.6.3.	Importancia de definir la ley aplicable .....	105

4.1.7.	Reconocimiento .....	107
4.1.7.1.	Inscripción .....	108
4.1.7.2.	No reconocimiento .....	108
4.1.7.3.	Favorabilidad de leyes .....	109
4.1.8.	Conflicto de leyes .....	109
4.1.9.	Reservas .....	110
4.1.10.	Reflexiones finales .....	110
5.	EL PROYECTO DE LEY FRANCESA SOBRE FIDUCIA .....	111
5.1.	Razón de ser en Francia .....	111
5.1.1.	Ausencia del tema en el Código Civil .....	111
5.1.1.1.	La Comunidad Europea .....	112
5.1.1.2.	La Convención de La Haya .....	112
5.1.1.3.	El Proyecto .....	113
5.1.2.	Características y estructura del proyecto .....	113
5.1.2.1.	Institución de derecho civil .....	113
5.1.2.2.	Sistema integral .....	113
5.1.3.	Análisis del proyecto de ley y paralelo con la legislación colombiana .....	114
5.1.3.1.	Noción .....	114
5.1.3.2.	Estipulaciones esenciales .....	115
5.1.3.3.	Forma del contrato .....	117
5.1.3.4.	Partes intervinientes .....	117
5.1.3.5.	Patrimonio autónomo .....	119
5.1.3.6.	Protección de herederos forzosos .....	120
5.1.3.7.	Fiducia en garantía .....	121
5.1.3.8.	Modificaciones y fin de la fiducia .....	121
5.1.3.9.	Otras referencias .....	122
5.1.3.10.	Conclusiones .....	123

**SEGUNDA PARTE  
LA FIDUCIA MERCANTIL**

**CAPÍTULO I  
El desarrollo singular de la figura**

1.	IMPORTANCIA CONTEMPORÁNEA DEL CONTRATO DE FIDUCIA ....	125
2.	RAZONES DE SU PARTICULAR DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA .....	126

2.1. Su definición como negocio mercantil .....	126
2.2. Su asignación a un gestor bancario .....	129
2.3. Su flexibilidad y su capacidad integradora .....	130
2.4. Su estructura teleológica .....	131
2.5. La naturaleza especial del patrimonio que se constituye .....	131
2.6. La presencia del fiduciario como fiel de la balanza .....	132

## CAPÍTULO II

### Generalidades del acto jurídico y del negocio fiduciario

1. EL ACTO JURÍDICO EN GENERAL .....	133
1.1. Eficacia de los actos jurídicos .....	134
1.1.1. Requisitos de existencia .....	134
1.1.1.1. Voluntad .....	134
1.1.1.2. Objeto .....	142
1.1.1.3. Causa .....	143
1.1.1.4. Forma impuesta .....	144
1.1.1.5. Elementos de la esencia .....	145
1.1.2. Requisitos de validez .....	146
1.1.2.1. Capacidad .....	146
1.1.2.2. Objeto lícito .....	148
1.1.2.3. Causa lícita .....	149
1.1.2.4. Observancia de la totalidad de las formas .....	149
1.1.3. Requisitos de oponibilidad .....	149
1.2. Ineficacia de los contratos .....	150
1.2.1. Inexistencia .....	151
1.2.2. Invalidez .....	152
1.2.2.1. Nulidad absoluta .....	152
a) Incapacidad .....	153
b) Objeto o causa ilícitos .....	155
c) Inobservancia de las formas .....	156
1.2.2.2. Nulidad relativa .....	156
a) Error .....	157
b) Violencia .....	158
c) Dolo .....	160
d) Lesión .....	161

1.2.2.3.	Causas o circunstancias que dan lugar a la denominada incapacidad relativa .....	162
a)	Edad .....	162
b)	Disipadores bajo interdicción .....	163
c)	Estado civil.....	163
d)	Personalidad jurídica .....	164
1.2.2.4.	Inhabilidades .....	165
1.2.2.5.	Rescisión .....	166
2.	EL NEGOCIO FIDUCIARIO .....	166
2.1.	Elementos .....	169
2.1.1.	Real .....	169
2.1.2.	Personal u obligacional .....	171
2.1.3.	Relaciones .....	171
2.1.4.	Ubicación .....	172
2.1.4.1.	Causal o abstracto .....	172
2.1.4.2.	Indirecto .....	174
2.1.4.3.	Simulado.....	175
2.1.4.4.	De interposición de personas o de sustitución .....	176
2.2.	Razón de ser .....	177
3.	RELACIONES ENTRE EL <i>TRUST</i> Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO .....	179

### CAPÍTULO III

#### El contrato de fideicomiso o fiducia mercantil

1.	CONCEPTO Y DEFINICIÓN .....	182
2.	CLASIFICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA BANCARIO .....	183
3.	CARACTERES JURÍDICOS .....	186
4.	OBJETO DEL CONTRATO .....	196
4.1.	Uno o más bienes .....	196
4.2.	Patrimonio autónomo .....	197
4.2.1.	Bienes separados del resto del activo .....	198
4.2.2.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario .....	199
4.2.3.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante .....	200
4.2.3.1.	La regla general y la mala fe .....	200
4.2.3.2.	Los acreedores anteriores al negocio .....	202

4.2.3.3.	Su eficacia frente a procesos concursales .....	204
a)	La acción revocatoria dentro de un acuerdo de reestructuración .....	204
b)	La acción revocatoria dentro de un proceso concordatario .....	205
c)	La acción revocatoria dentro de un proceso liquidatorio .....	205
4.2.3.4.	Su relación con el régimen sucesoral .....	207
4.2.3.5.	Su importancia práctica .....	207
4.2.4.	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario .....	208
4.2.5.	Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin ....	208
4.2.6.	Deben transferirse a quien corresponda o retornar al fideicomitente .....	210
4.2.7.	Naturaleza del patrimonio autónomo .....	212
5.	NEGOCIOS PROHIBIDOS .....	215
5.1.	Negocios fiduciarios secretos .....	215
5.2.	Fideicomisos sucesivos .....	217
5.3.	Los celebrados a más de cierto tiempo .....	218
5.4.	Los que conceden ganancias al fiduciario distintas de los honorarios .	220
5.5.	Los realizados en fraude a la ley .....	221
6.	PARTES QUE INTERVIENEN .....	223
6.1.	Fiduciante o fideicomitente .....	223
6.2.	Fiduciario .....	225
6.2.1.	Noción .....	225
6.2.2.	Calidades .....	225
6.2.3.	Relaciones con el banco matriz .....	229
6.2.4.	Fiduciarios plurales .....	234
6.2.5.	Designación y aceptación .....	235
6.2.5.1.	Designación .....	235
6.2.5.2.	Aceptación .....	235
6.2.6.	Renuncia, remoción y revocación .....	236
6.2.6.1.	Renuncia .....	236
6.2.6.2.	Remoción .....	236
6.2.6.3.	Revocación .....	237
6.2.7.	Comités fiduciarios .....	238
6.2.8.	Delegados fiduciarios .....	239

6.2.9.	Prohibición especial de ser fideicomisario .....	240
6.2.10.	Fiduciarias estatales .....	241
6.2.10.1.	FEN .....	242
6.2.10.2.	Findeter .....	242
6.2.10.3.	Finagro .....	243
6.2.10.4.	Banco de la República .....	244
6.3.	Fideicomisario o beneficiario .....	245
6.3.1.	Noción .....	245
6.3.2.	Su existencia .....	246
6.3.3.	Sustituciones fideicomisarias .....	248
6.3.4.	Beneficiarios plurales .....	249
6.3.5.	Naturaleza y causa de su derecho .....	250
6.3.5.1.	Es un tercero .....	250
6.3.5.2.	El concepto de parte .....	251
6.3.5.3.	La coexistencia de la estipulación por otro y para otro .....	253
6.3.5.4.	La posición no es pacífica en la jurisprudencia arbitral .....	254
6.3.5.5.	El beneficio se obtiene también por el constituyente a título oneroso .....	257
6.3.6.	Cláusula compromisoria .....	258
7.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO .....	262
7.1.	Derechos .....	262
7.1.1.	Recibir una remuneración .....	262
7.1.2.	Obtener el reembolso de los gastos realizados en interés del fideicomiso .....	263
7.2.	Obligaciones .....	265
7.2.1.	Derivadas de su condición de profesional .....	265
7.2.1.1.	Lealtad .....	268
7.2.1.2.	Información .....	269
7.2.1.3.	Eficacia y prudencia .....	271
7.2.2.	Alcance de las que asume .....	272
7.2.3.	Obligaciones de medio y de resultado .....	273
7.2.4.	Ejercicio personal de sus facultades .....	280
7.2.5.	Representar al patrimonio y llevar su vocería .....	290
7.2.6.	Administrar los bienes en la forma establecida .....	296

7.2.7.	Realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad .....	296
7.2.8.	Invertir los recursos .....	300
7.2.9.	Responder por su manejo .....	301
7.2.10.	Hacer inventario y prestar caución .....	304
7.2.11.	Mantener los bienes separados del resto de sus activos .....	305
7.2.12.	Llevar la personería para la protección de los bienes .....	306
7.2.13.	Rendir cuenta de su gestión .....	307
7.2.14.	Transferir los bienes a quien corresponda .....	310
7.2.15.	Consultar a la autoridad jurisdiccional o administrativa .....	311
7.2.16.	Guardar secreto .....	314
8.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE .....	315
8.1.	Derechos del fiduciante o fideicomitente .....	315
8.1.1.	Los que se hubiere reservado .....	315
8.1.2.	Revocar el fideicomiso .....	317
8.1.3.	Exigir rendición de cuentas .....	318
8.1.4.	Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario .....	319
8.1.5.	Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo .....	319
8.1.6.	Obtener la devolución de los bienes .....	320
8.2.	Obligaciones del fiduciante .....	320
8.2.1.	Remunerar al fiduciario .....	320
8.2.2.	Reembolsar los gastos .....	321
8.2.3.	Salir al saneamiento por evicción .....	322
9.	DERECHOS DEL BENEFICIARIO .....	322
9.1.	Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer las acciones de responsabilidad .....	325
9.2.	Oponerse a medidas preventivas contra los bienes .....	326
9.3.	Impugnar los actos anulables .....	326
9.4.	Pedir la remoción del fiduciario .....	327
9.5.	Revisar los estados contables .....	328
10.	CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO .....	328
10.1.	Realizarse plenamente sus fines .....	329
10.2.	Resultar imposible su realización .....	329
10.3.	Expirar el plazo o haber transcurrido el máximo legal .....	330
10.4.	Cumplirse la condición resolutoria o hacerse imposible o no cumplirse oportunamente la condición suspensiva .....	332

10.5.	Muerte del fiduciante o del beneficiario .....	333
10.6.	Disolución de la entidad fiduciaria .....	334
10.7.	Acción de los acreedores anteriores a la celebración del negocio .....	334
10.8.	Declaración de nulidad del acto constitutivo .....	336
10.9.	Revocación del fiduciante .....	337
10.10.	Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario .....	337
10.11.	Falta del fiduciario .....	338
10.12.	Renuncia de los beneficiarios .....	338
10.13.	Confusión de la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario .....	339

## CAPÍTULO IV

### Responsabilidad civil del fiduciario

1.	REFLEXIONES PRELIMINARES .....	341
1.1.	La noción de responsabilidad .....	341
1.2.	Consideraciones contemporáneas que suscitan su estudio .....	342
1.2.1.	El acercamiento progresivo a una concepción unitaria del tema de la responsabilidad .....	342
1.2.2.	El menor peso relativo de la noción de culpa .....	344
1.2.3.	El desarrollo de mecanismos de desplazamiento de riesgos ...	346
1.2.4.	La consagración de acciones colectivas .....	346
1.3.	Diferentes tipos de responsabilidad que pueden recaer sobre el fiduciario .....	348
1.3.1.	Responsabilidad penal .....	348
1.3.2.	Responsabilidad fiscal y disciplinaria .....	348
1.3.3.	Responsabilidad administrativa .....	349
1.3.4.	Responsabilidad tributaria .....	350
2.	CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	350
2.1.	Contractual .....	351
2.1.1.	Noción .....	351
2.1.2.	Elementos .....	352
2.1.2.1.	Culpa .....	352
2.1.2.2.	Daño .....	354
2.1.2.3.	Vínculo de causalidad .....	355
2.2.	Extracontractual .....	355

2.2.1.	Por el hecho propio .....	356
2.2.2.	Por el hecho ajeno .....	356
2.2.3.	Por actividad peligrosa .....	357
2.3.	Precontractual .....	358
3.	<b>EXIMENTES GENERALES DE RESPONSABILIDAD</b> .....	358
3.1.	Culpa de la víctima .....	358
3.2.	Fuerza mayor o caso fortuito .....	358
3.3.	Hecho irresistible de tercero .....	359
3.4.	Conformidad de la víctima .....	359
4.	<b>INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO</b> .....	361
4.1.	Cumplimiento particularmente celoso .....	361
4.2.	Las obligaciones llamadas de medio .....	362
4.3.	La fuente múltiple de sus obligaciones .....	366
4.3.1.	Las obligaciones profesionales .....	366
4.3.2.	Las obligaciones legales .....	369
4.3.3.	Las obligaciones contractuales .....	370
5.	<b>LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL</b> .....	371
5.1.	Los pronunciamientos del Consejo de Estado .....	371
5.1.1.	Los contratos de fiducia mercantil y su posible adición .....	371
5.1.2.	La adjudicación de los contratos de fiducia pública .....	372
5.1.3.	La aplicación de las normas sobre fiducia mercantil .....	372
5.1.4.	Las entidades estatales pueden celebrar contratos de fiducia mercantil cuando se los autorice la ley .....	372
5.1.5.	Especial requisito para la etapa poscontractual .....	373
5.1.6.	La contraprestación es requisito esencial .....	373
5.1.7.	La anulación de la norma que soporta el contrato lo afecta de nulidad en forma absoluta .....	373
5.2.	Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia .....	373
5.2.1.	Inexistencia de fallos mercantiles sobre la materia .....	373
5.2.2.	La controversia y sus resultados .....	374
5.2.3.	La decisión de la Corte .....	374
5.2.4.	Los principales aportes doctrinarios .....	375
5.3.	Los pronunciamientos de los tribunales de arbitramento .....	375

TERCERA PARTE  
NEGOCIOS Y PRODUCTOS FIDUCIARIOS

CAPÍTULO I

**Criterios para la clasificación de los negocios  
y productos fiduciarios**

1.	LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA .....	379
2.	EL BIEN OBJETO DEL NEGOCIO .....	380
3.	LA NATURALEZA DEL FIDEICOMITENTE .....	380
4.	LA POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA .....	380

CAPÍTULO II

**Principales productos fiduciarios**

1.	FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN .....	383
	1.1. Noción .....	383
	1.2. Aplicaciones y alcance .....	384
2.	FIDEICOMISO DE INVERSIÓN .....	385
	2.1. Noción .....	385
	2.2. Individual .....	390
	2.3. De administración colectiva .....	391
	2.3.1. Fondos comunes ordinarios .....	394
	2.3.1.1. Noción y características .....	394
	2.3.1.2. Reglamento aprobado por la Superintendencia Bancaria .....	396
	2.3.1.3. Depósito de garantía e inversión forzosa .....	401
	2.3.1.4. Coeficiente de liquidez .....	402
	2.3.1.5. Derechos de los fideicomitentes .....	402
	2.3.1.6. Obligaciones especiales del fiduciario .....	403
	2.3.1.7. Conflictos de interés en operaciones de los fondos .....	406
	2.3.2. Fondos de inversión inmobiliaria .....	407
	2.3.2.1. Noción .....	407
	2.3.2.2. Fondos de inversión abiertos con pacto de permanencia .....	409
	a) Fechas de apertura .....	409
	b) Período de permanencia y penalizaciones .....	409
	c) Límites a la participación .....	410

2.3.2.3.	Fondos de inversión inmobiliaria cerrados .....	411
2.3.2.4.	Portafolio admisible .....	411
	a) Vivienda urbana .....	411
	b) Bienes inmuebles destinados a actividades comerciales .....	412
	c) Títulos emitidos en procesos de titularización hipotecaria o inmobiliaria .....	412
	d) Inversiones .....	413
2.3.2.5.	Reglas generales .....	414
	a) Diversificación .....	414
	b) Montos mínimos que permiten invertir en inmuebles .....	414
	c) Aportes .....	414
	d) Comisiones .....	415
	e) Recursos .....	415
	f) Conflictos de interés .....	415
2.3.2.6.	Arrendamiento de los bienes inmuebles .....	416
2.3.2.7.	Comité de inversiones inmobiliarias .....	417
2.3.2.8.	Gastos a cargo de los fondos .....	417
2.3.2.9.	Contenido del contrato de vinculación .....	417
2.3.2.10.	Revelación de información .....	418
2.3.2.11.	Causales de disolución y liquidación .....	419
2.3.2.12.	Valoración de los fondos de inversión inmobiliaria .....	420
	a) De los inmuebles .....	420
	b) De los activos de las clases 3 y 4 .....	421
2.3.2.13.	De la exención tributaria .....	421
2.3.2.14.	Remisión de normas .....	422
2.3.3.	Fondos voluntarios de pensiones .....	423
	2.3.3.1. Noción .....	423
	2.3.3.2. Destinatarios y ventajas fiscales .....	425
	2.3.3.3. Constitución .....	426
	2.3.3.4. Planes de pensiones .....	427
	2.3.3.5. Derechos de los partícipes .....	428
	2.3.3.6. Reglamento de administración .....	428
	2.3.3.7. Órganos internos de administración y control .....	429
	a) Comisión de control .....	429
	b) Revisor fiscal .....	430
	c) Sociedad depositaria .....	430

2.3.3.8.	Portafolio .....	430
2.3.3.9.	Sociedad administradora .....	431
2.3.3.10.	Intervención administrativa .....	434
2.3.3.11.	Falencia de la sociedad patrocinadora .....	434
2.3.3.12.	Disolución y liquidación .....	434
2.3.4.	Fondos en moneda extranjera .....	435
2.3.4.1.	Noción e importancia .....	435
2.3.4.2.	Oferta del fondo a potenciales interesados .....	435
2.3.4.3.	Soportes operativos y administrativos .....	436
2.3.4.4.	Reglamento .....	437
2.3.4.5.	Preaviso para la redención de derechos .....	438
2.3.4.6.	Procedencia de los recursos que lo integran .....	438
2.3.4.7.	Portafolio .....	438
2.3.4.8.	Porcentajes de alta liquidez .....	439
2.3.4.9.	Margen de solvencia y depósito de garantía .....	440
2.3.4.10.	Régimen cambiario .....	440
2.3.5.	Otros fondos comunes especiales .....	440
2.3.6.	Fondos país .....	441
2.3.6.1.	Noción .....	441
2.3.6.2.	Clases .....	443
2.3.6.3.	Autorización para su funcionamiento .....	443
2.3.6.4.	Inspección y vigilancia .....	444
2.3.6.5.	Funciones de la fiduciaria .....	444
2.3.6.6.	Reglamento .....	444
2.3.6.7.	Procedencia de los recursos .....	444
2.3.6.8.	Portafolio .....	444
2.3.6.9.	Régimen cambiario .....	445
2.3.6.10.	Ley aplicable .....	445
2.3.6.11.	T.L.C. ....	445
3.	FIDUCIA INMOBILIARIA .....	446
3.1.	Alcance de la noción .....	446
3.2.	Clásica o tradicional .....	447
3.2.1.	Noción y entorno .....	447
3.2.2.	Etapas .....	450
3.2.2.1.	Etapa preliminar .....	450
3.2.2.2.	Etapa de desarrollo .....	451

3.2.2.3.	Etapa de liquidación .....	451
3.2.3.	Intervinientes .....	452
3.2.3.1.	Fideicomitentes .....	452
3.2.3.2.	Promotor .....	453
3.2.3.3.	Constructor .....	453
3.2.3.4.	Interventor .....	453
3.2.4.	Obligaciones del fiduciario .....	453
3.2.4.1.	Previa o preliminar .....	454
3.2.4.2.	Ejecución o desarrollo .....	455
3.2.4.3.	Liquidación .....	456
3.2.5.	Órganos del fideicomiso .....	456
3.2.5.1.	Asamblea de inversionistas .....	456
3.2.5.2.	Comité de obra .....	456
3.2.5.3.	Gerente .....	457
3.2.6.	Modalidades .....	457
3.2.6.1.	A precio fijo .....	457
3.2.6.2.	Al costo .....	458
3.2.7.	Ventajas y desventajas .....	459
3.2.8.	Administración de recursos para proyectos inmobiliarios .....	460
3.3.	Relaciones con la fiducia de garantía y la titularización .....	460
3.3.1.	Con la fiducia de garantía .....	460
3.3.2.	Con la titularización .....	461
4.	FIDUCIA EN GARANTÍA .....	461
4.1.	Noción y naturaleza jurídica .....	461
4.2.	Los bienes dados en garantía .....	465
4.2.1.	La previsión legal .....	465
4.2.2.	Las recomendaciones prácticas frente a la fiduciaria .....	466
4.3.	La necesaria colaboración entre los contratantes .....	467
4.4.	El debate doctrinario .....	468
4.4.1.	La posición inicial de la Superintendencia Bancaria .....	468
4.4.2.	Evolución y aceptación expresa de su legitimidad .....	472
4.4.2.1.	Aceptación para efectos de la calificación de cartera .....	473
4.4.2.2.	Asimilación para efectos del cupo individual de crédito .....	473
4.4.2.3.	Calificación como garantía admisible .....	474

4.4.2.4.	Su regulación en procesos concursales .....	475
4.4.2.5.	Sistema de administración de riesgos crediticios (SARC) .....	475
4.4.3.	La relación con el banco matriz .....	475
4.4.4.	La doble condición de acreedor garantizado y fiduciario .....	477
4.5.	Ventajas frente a las garantías tradicionales .....	478
4.5.1.	Utilización de un sistema alternativo de solución de conflictos .....	479
4.5.2.	Venta del bien a precios comerciales .....	479
4.5.3.	Pago del crédito en forma más expedita que por la vía judicial .....	480
4.5.4.	La flexibilización de las garantías .....	481
4.5.5.	El régimen fiscal .....	481
4.6.	Forma de constitución .....	481
4.6.1.	Fiducia mercantil .....	481
4.6.2.	Encargo fiduciario .....	482
4.7.	Obligaciones del fiduciario .....	482
4.7.1.	Aspectos que gravitan en la celebración de contrato .....	482
4.7.1.1.	Estudio de las partes intervinientes .....	482
4.7.1.2.	Ponderación sobre la calidad de los bienes y análisis sobre las obligaciones de las partes .....	483
4.7.1.3.	Inspección .....	486
4.7.1.4.	Estudio de títulos .....	486
4.7.1.5.	Información a los interesados .....	487
4.7.2.	Durante la vida del contrato .....	487
4.7.2.1.	Protección de los bienes y contratación de seguros .....	487
4.7.2.2.	Vigilancia e inspecciones periódicas .....	488
4.7.2.3.	Actualización del avalúo .....	488
4.7.2.4.	Rendición de cuentas .....	488
4.7.2.5.	Control de endeudamiento .....	489
4.7.2.6.	Expedición de certificados .....	489
4.7.2.7.	Verificación del pago de impuestos .....	490
4.7.2.8.	Verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para la ejecución .....	491
4.7.3.	A la ejecución del crédito .....	491
4.7.3.1.	Realización del bien .....	491

4.7.3.2.	Pago de la deuda .....	493
a)	Con el producto de la venta .....	493
b)	Por dación en pago .....	493
4.7.3.3.	Liquidación final .....	494
4.8.	Las vicisitudes de la figura .....	495
5.	LA FIDUCIA Y EL MERCADO DE CAPITALES .....	497
5.1.	Emisión de bonos .....	497
5.1.1.	Régimen general .....	497
5.1.1.1.	Entorno que posibilita la emisión .....	497
5.1.1.2.	Emisión reservada a cierto tipo de sociedades .....	498
5.1.1.3.	Requisitos mínimos .....	498
5.1.1.4.	Proceso de la emisión .....	499
5.1.1.5.	Especial autorización del Estado .....	500
5.1.1.6.	Títulos .....	500
5.1.1.7.	Obligaciones de la sociedad emisora .....	501
5.1.2.	Régimen de las sociedades fiduciarias .....	501
5.1.2.1.	Actuando en nombre de un fideicomiso constituido por un número plural de sociedades .....	502
5.1.2.2.	Actuando en nombre de un número plural de sociedades que cuenten con garantías especiales ....	502
5.1.3.	Representante de los tenedores de bonos .....	503
5.1.3.1.	Nombramiento por la sociedad emisora .....	503
5.1.3.2.	Funcio Vdel representante común .....	503
a)	Funciones preliminares .....	503
b)	Funciones permanentes .....	504
5.1.3.3.	Facultades individuales de los tenedores de bonos .	504
a)	Las propias de los tenedores de un título valor	504
b)	Ejercer acciones judiciales .....	505
5.1.4.	Asamblea general .....	505
5.1.4.1.	Convocatoria .....	505
5.1.4.2.	Quórum y decisiones .....	506
5.1.4.3.	Facultades .....	506
5.1.4.4.	Ejercitar acciones judiciales .....	506
5.2.	Titularización .....	507
5.2.1.	Los diversos regímenes .....	507
5.2.2.	El entorno .....	507

5.2.3.	Noción .....	508
5.2.4.	Partes que intervienen .....	508
5.2.4.1.	Originador o constituyente .....	508
5.2.4.2.	Agente de manejo o emisor .....	509
5.2.4.3.	La administradora .....	509
5.2.4.4.	La colocadora .....	509
5.2.4.5.	El estructurador .....	510
5.2.4.6.	El calificador de riesgo .....	510
5.2.4.7.	Los inversionistas .....	511
5.2.5.	Instrumentos .....	512
5.2.5.1.	Mecanismos fiduciarios .....	512
5.2.5.2.	Fondos de valores .....	512
5.2.6.	Conflictos de interés .....	512
5.2.7.	Títulos .....	513
5.2.8.	Activos movilizables .....	513
5.2.8.1.	Cartera y títulos de deuda .....	514
5.2.8.2.	Deuda pública .....	514
5.2.8.3.	Inmuebles .....	514
5.2.8.4.	Flujos de caja .....	514
5.2.8.5.	Contratos de <i>leasing</i> .....	515
5.2.8.6.	Recursos dinerarios .....	515
5.2.8.7.	Otros que autorice la entidad de control .....	515
5.2.9.	Procedimientos y efectos .....	515
5.2.10.	Titularización de cartera .....	516
5.2.10.1.	Los criterios bancarios de clasificación y el Comité de Basilea .....	516
5.2.10.2.	Mecanismos de cobertura .....	517
a)	Mecanismos internos .....	517
i)	Subordinación de la emisión .....	518
ii)	Sobrecolateralización de la cartera .....	518
iii)	Exceso de flujo de caja .....	518
iv)	Sustitución de cartera .....	518
v)	Aval del originador .....	519
b)	Mecanismos externos .....	519
i)	Avales o garantías de entidades financieras ....	519
ii)	Líneas o aperturas de crédito .....	519

iii)	Seguro de crédito .....	519
iv)	Depósito de dinero en garantía .....	519
v)	Contrato irrevocable de fiducia de garantía....	520
5.2.11.	Titularización inmobiliaria .....	520
5.2.11.1.	La fiducia inmobiliaria clásica .....	520
5.2.11.2.	Titularización inmobiliaria de garantía .....	521
5.2.11.3.	Titularización inmobiliaria de participación .....	521
5.2.11.4.	Titularización de proyectos de construcción .....	522
5.2.11.5.	Titularización a través de fondos inmobiliarios ....	523
5.2.12.	Titularización en concesiones .....	524
6.	FIDUCIA EN RELACIÓN CON EMPRESAS EN DIFICULTADES, EN REESTRUCTURACIÓN Y OTRAS SITUACIONES SIMILARES .....	525
6.1.	Empresas en dificultades .....	525
6.1.1.	Administración y manejo de fondos .....	525
6.1.2.	Acuerdos preconcordatarios .....	525
6.2.	Empresas en reestructuración .....	526

### CAPÍTULO III

#### **Productos derivados de la fiducia pública**

1.	ANTECEDENTES .....	529
1.1.	La fiducia pública a la expedición del Código de Comercio .....	529
1.2.	La fiducia pública en la ley de contratación administrativa .....	532
1.2.1.	Las críticas principales formuladas en el debate .....	532
1.2.1.1.	La selección objetiva del contratante .....	533
1.2.1.2.	La sustracción al control fiscal .....	533
1.2.1.3.	La desnaturalización de la ejecución presupuestal ..	534
1.2.2.	La posición gremial .....	534
1.3.	El pronunciamiento de la Corte Constitucional .....	535
2.	CARACTERÍSTICAS .....	536
2.1.	Desnaturalización .....	536
2.2.	Posibilidades .....	536
2.2.1.	Encargos fiduciarios .....	537
2.2.2.	Fiducia pública .....	538
2.3.	Designación del fiduciario .....	539
2.4.	Innecesarias previsiones y particular supervisión .....	539

2.5.	El régimen presupuestal .....	540
2.6.	La delegación y la subcontratación .....	541
2.7.	Las normas sobre objeto y plazo .....	543
2.8.	La remuneración del fiduciario .....	543
2.9.	La responsabilidad particular del fiduciario .....	545
3.	LA EXPERIENCIA DINÁMICA EN COLOMBIA .....	546
4.	LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL .....	547
4.1.	La difícil conciliación entre el derecho público y el privado .....	547
4.2.	Las posiciones “ius publicistas” frente a la Ley 80 .....	549
4.2.1.	En el contrato estatal los fines del Estado son un imperativo ...	550
4.2.2.	El contratista es un colaborador de la administración .....	550
4.2.3.	Los contratos de fiducia pública están sometidos al principio de la legalidad .....	551
4.2.4.	El encargo fiduciario estatal es un negocio de sustitución .....	551
4.3.	El enfoque mercantil.....	552
4.3.1.	El riesgo de los dineros entregados es del dueño .....	552
4.3.2.	La sustitución no convierte a la fiduciaria en entidad estatal ..	553
4.3.3.	La obligación de información no autoriza el rechazo de las instrucciones dadas por el fideicomitente .....	553
4.3.4.	La personería para la defensa de los bienes resta en cabeza de la entidad estatal .....	553
4.3.5.	Las fiduciarias estatales no asumen una responsabilidad objetiva.....	554
5.	LA FIDUCIA MERCANTIL Y LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO .....	555
5.1.	La paradoja colombiana .....	555
5.2.	Algunos ejemplos representativos .....	555
5.3.	Conclusión .....	558

**CUARTA PARTE**  
**ASPECTOS TÉCNICOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO**

**CAPÍTULO I**

**Intervención estatal en el contrato de fiducia mercantil**

1.	RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS .....	561
1.1.	Fiduciarios autorizados .....	561
1.2.	Constitución de la sociedad .....	564

1.3.	Régimen societario .....	565
1.3.1.	Sociedades anónimas o cooperativas .....	565
1.3.2.	Participación de entidades financieras como accionistas .....	566
1.3.2.1.	Prohibiciones a la filial frente a su matriz .....	567
1.3.2.2.	Restricciones a la matriz frente a la filial .....	568
1.4.	Capital .....	568
1.4.1.	Razón de ser .....	568
1.4.2.	Monto .....	569
1.4.3.	Inversiones que pueden realizarse con el capital .....	569
1.5.	Operaciones autorizadas .....	570
1.5.1.	Celebrar contratos de fiducia mercantil .....	570
1.5.2.	Recibir encargos fiduciarios .....	570
1.5.3.	Colaborar con la justicia .....	571
1.5.4.	Coadyuvar al desarrollo del mercado de capitales .....	571
1.5.4.1.	Obrar como agente de transferencia o registro de valores .....	571
1.5.4.2.	Obrar como representante de tenedores de bonos ...	571
1.5.4.3.	Emitir bonos por cuenta de terceros .....	572
1.5.5.	Prestar servicios de asesoría financiera .....	572
1.5.6.	Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez ...	572
1.6.	Depósito de garantía .....	573
1.7.	Contrato de redes .....	574
2.	<b>BASILEA Y LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA .....</b>	<b>575</b>
2.1.	La labor adelantada por el comité de Basilea .....	575
2.2.	Basilea II y la actividad fiduciaria .....	578
2.2.1.	Los cambios fundamentales en el nuevo acuerdo .....	578
2.2.2.	Relación con la actividad fiduciaria .....	579
3.	<b>MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO .....</b>	<b>580</b>
3.1.	El papel de la Superintendencia .....	580
3.2.	Calificación de accionistas y administradores .....	581
3.3.	Autorización de constitución y de funcionamiento .....	582
3.4.	Posesión de funcionarios .....	584
3.5.	Forma de cumplimiento de las leyes .....	585
3.6.	Forma y aprobación de contratos .....	586
3.7.	Aprobar la publicidad .....	587
3.8.	Calificar la existencia de conflictos de interés .....	587

3.9.	Aceptación de renuncia del fiduciario .....	588
3.10.	Remoción del fiduciario y designación de administrador interino .....	588
3.11.	Absolución de consultas .....	589
3.12.	Imposición de sanciones .....	589
3.12.1.	Institucionales .....	589
3.12.2.	Personales .....	590
3.13.	Imposición de ciertas obligaciones .....	591
3.14.	Señalamiento de las tarifas .....	592

## CAPÍTULO II

### Regulación fiscal y contable del contrato de fiducia mercantil

1.	RÉGIMEN TRIBUTARIO .....	593
1.1.	Contratos de fiducia mercantil .....	595
1.1.1.	El sujeto pasivo de los impuestos y el principio de la transparencia .....	598
1.1.2.	Los impuestos de renta y ganancia ocasional .....	599
1.1.2.1.	Se gravan en cabeza del beneficiario .....	599
1.1.2.2.	Evento en que se grava en cabeza del constituyente ...	601
1.1.2.3.	El patrimonio autónomo como contribuyente .....	602
1.1.3.	Las obligaciones formales son de cargo del fiduciario .....	603
1.1.4.	El impuesto de valor agregado .....	605
1.1.5.	Los impuestos sobre sucesiones o donaciones .....	607
1.1.6.	Los impuestos sobre el patrimonio o la fortuna .....	608
1.1.7.	La retención en la fuente .....	609
1.1.8.	El impuesto de timbre .....	610
1.1.9.	Acción contra los bienes fideicomitidos .....	611
1.1.10.	Los impuestos municipales .....	612
1.1.10.1.	De industria y comercio .....	612
1.1.10.2.	Predial .....	613
1.1.11.	Los impuestos a las transacciones financieras .....	614
1.1.12.	Derechos notariales .....	615
1.2.	Encargos fiduciarios .....	616
2.	ASPECTOS CONTABLES .....	617
2.1.	Facultades de la Superintendencia .....	618

2.2. Contabilidad de las sociedades fiduciarias .....	619
2.3. Contabilidad de los fideicomisos .....	619
2.3.1. Las cifras de los patrimonios no ingresan al balance de la fiduciaria .....	619
2.3.2. Reglas para su registro en cuentas de orden .....	620
2.3.3. Separación contable frente a la fiduciaria y entre los fideicomisos .....	622
2.4. Informes a la Superintendencia .....	623
2.5. Conservación de los archivos .....	623
2.6. Principales dificultades frente a la contabilidad de los fideicomitentes ..	624
ÍNDICE ANALÍTICO .....	625
BIBLIOGRAFÍA .....	647
ABREVIATURAS .....	659
LEGISLACIÓN AMERICANA Y CONTENIDO DEL CD-ROM ANEXO .....	661
<div style="border: 1px solid black; border-radius: 10px; padding: 5px; display: inline-block;"> <p><b>CD-ROM ANEXO</b></p> </div>	
INSTRUCCIONES PARA EL USUARIO .....	665